



WISSEN,  
DAS ANKOMMT.

## Leseprobe zum Download



Liebe Besucherinnen und Besucher unserer Homepage,

tagtäglich müssen Sie wichtige Entscheidungen treffen, Mitarbeiter führen oder sich technischen Herausforderungen stellen. Dazu brauchen Sie verlässliche Informationen, direkt einsetzbare Arbeitshilfen und Tipps aus der Praxis.

Es ist unser Ziel, Ihnen genau das zu liefern. Dafür steht seit mehr als 25 Jahren die FORUM VERLAG HERKERT GMBH.

Zusammen mit Fachexperten und Praktikern entwickeln wir unser Portfolio ständig weiter, basierend auf Ihren speziellen Bedürfnissen.

Überzeugen Sie sich selbst von der Aktualität und vom hohen Praxisnutzen unseres Angebots.

Falls Sie noch nähere Informationen wünschen oder gleich über die Homepage bestellen möchten, klicken Sie einfach auf den Button „In den Warenkorb“ oder wenden sich bitte direkt an:

**FORUM VERLAG HERKERT GMBH**

**Mandichostr. 18**

**86504 Merching**

Telefon: 08233 / 381-123

Telefax: 08233 / 381-222

**E-Mail: [service@forum-verlag.com](mailto:service@forum-verlag.com)**

**[www.forum-verlag.com](http://www.forum-verlag.com)**

### **3.2.8 Die Risiken eines „ohne Rechnung“-Vertrages**

#### **Kein Geld für den Handwerker**

Ist vereinbart, dass Handwerkerleistungen zum Teil ohne Rechnung erbracht werden, damit der Umsatz den Steuerbehörden teilweise verheimlicht werden kann (Schwarzgeldabrede), kann der Handwerker von dem Auftraggeber weder die vereinbarte Zahlung noch die Erstattung des Werts der von ihm bereits erbrachten handwerklichen Leistungen verlangen.

Das OLG Schleswig hat entschieden, dass bei einer teilweisen Schwarzgeldabrede der geschlossene Vertrag insgesamt nichtig ist und dass der Handwerker auch keinen Wertersatz für die von ihm erbrachten Bauleistungen verlangen kann (vgl. IBR 2013, 595).

*Teilweise Schwarzgeldabrede, Vertrag insgesamt nichtig*

Sachverhalt war folgender: Die klagende Firma führte in vier neu errichteten Reihenhäusern in Büdelsdorf Elektroinstallationsarbeiten durch. Die Firma hatte mit den Eigentümern der Reihenhäuser vereinbart, dass für die Arbeiten ein Betrag von 13.800 Euro auf Rechnung und daneben 5.000 Euro ohne Rechnung gezahlt werden. Die Eigentümer überwiesen an die Klägerin rund 10.000 Euro und zahlten in bar 2.300 Euro. Die Elektroinstallationsfirma verlangte nach Abschluss der Arbeiten restlichen Lohn in Höhe von rund 6.000 Euro und verklagte die Eigentümer vor Gericht. Diese wiederum machten Schadensersatz wegen Mängel der Arbeiten geltend.

Auch wenn nur eine teilweise Schwarzgeldabrede vorliegt, ist der gesamte Werkvertrag nichtig, was dazu führt, dass die klagende Firma keinen weiteren Zah-

*Keine Teilnichtigkeit*

lungsanspruch hat. Die Parteien haben gegen die Vorschriften des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung verstoßen (SchwarzArbG), indem sie vereinbart haben, dass die Werkleistung teilweise ohne Rechnung erbracht wird, damit der entsprechende Umsatz den Steuerbehörden verheimlicht werden kann.

*Zweck des Gesetzes:  
Abschreckungs-  
wirkung*

Dem Zweck des Gesetzes, die Bekämpfung von Schwarzarbeit zu intensivieren, ist am besten gedient, wenn ein Verstoß gegen die Erscheinungsformen der Schwarzarbeit zu der Gesamtnichtigkeit des Vertrages führt. Eine Teilnichtigkeit nur der Vereinbarung, keine Rechnung für einen Teil der Arbeiten zu stellen, würde nicht die notwendige Abschreckungswirkung entfalten.

Die klagende Firma kann von den beklagten Eigentümern auch keinen Wertersatz für die bereits erbrachten Leistungen unter dem Gesichtspunkt der „ungerechtfertigten Bereicherung“ verlangen. Ein Bereicherungsanspruch ist ausgeschlossen, wenn der Leistungserbringer durch die Leistung gegen das Gesetz verstoßen hat.

„Die Zubilligung eines Bereicherungsanspruches würde der Missbilligung der Schwarzarbeit, die der Gesetzgeber durch die verschiedenen Tatbestände im Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz zum Ausdruck gebracht hat, widersprechen. Sie würde der Schwarzarbeit einen Teil ihres Risikos nehmen, indem der Anbieter trotz des Gesetzesverstoßes die Hilfe staatlicher Gerichte in Anspruch nehmen könnte, um eine Gegenleistung durchzusetzen. Der Abschreckungseffekt würde so minimiert. Der mögliche Vorteil des Auftraggebers, der die Vorleistungen des Handwerkers behalten kann, ist kein ausreichender Grund, um die Sanktionierung des Gesetzesverstoßes aufzuheben.“

## Keine Mängelansprüche des Auftragnehmers

So wie der Auftragnehmer keinen Vergütungsanspruch hat, hat aber auch der Auftraggeber keine Mängelansprüche (vgl. BGH IBR 2013, 210). Hier ging es um einen Auftragnehmer, der mit einem Helfer in seiner Freizeit über Wochen die Lkw-Auffahrt des AG neu gepflastert hatte.

*Keine  
Mängelansprüche*

Material und Geräte wurden bauseits gestellt. Die Parteien stammten aus dem gleichen Ort und kannten sich flüchtig. Geld sollte der AN bar „ohne Rechnung“ erhalten. Kurz nach Ende der Arbeiten traten umfangreiche Mängel auf, die der AN auch mit einem Rüttler nicht beseitigen konnte. Der AN meint, nur aus Gefälligkeit und im Wege der Nachbarschaftshilfe tätig geworden zu sein, und verweigert die Zahlung

Der AN handelte nicht aus reiner Gefälligkeit, weil er mehrere Wochen in seiner Freizeit umfangreiche Arbeiten an der 170 m<sup>2</sup> großen Auffahrt erbrachte. Der Ehepartner des AG hatte als Zeuge verraten, dass der AN dafür 1.800 Euro „ohne Rechnung“ erhalten sollte. Dieser Vertrag ist insgesamt nach § 134 BGB unwirksam – nicht nur bezogen auf die Vereinbarung, die nach § 14 UStG obligatorische Rechnung fortzulassen.

*Problem, wenn nicht  
nur reine Gefälligkeit*

Beide Seiten haben gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG verstoßen. Die „Ohne-Rechnung-Abrede“ bereitet eine Umsatzsteuerhinterziehung vor. Auch dem AG war klar, dass der AN vom Schwarzgeld keine Steuern abführen wird. Gewährleistungsansprüche ergeben sich nach Auffassung des OLG auch nicht aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB), weil so das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz umgangen wird. Das hat der BGH in den oben genannten Fällen anders gesehen.

*Verstoß gegen  
SchwarzArbG*

### Kein Rückzahlungsanspruch des Auftraggebers (selbst bei Mängeln)

Der unter anderem für das Bauvertragsrecht zuständige VII. Zivilsenat hat am 11.06.2015 entschieden, dass dann, wenn ein Werkvertrag wegen Verstoßes gegen das Verbot des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG vom 23. 07. 2004 nichtig ist, dem Besteller, der den Werklohn bereits gezahlt hat, gegen den Unternehmer auch dann kein Rückzahlungsanspruch unter dem Gesichtspunkt einer ungerechtfertigten Bereicherung zusteht, wenn die Werkleistung mangelhaft ist.

#### BEISPIEL

Der Kläger beauftragte den Beklagten 2007 mit der Ausführung von Dachausbauarbeiten. Vereinbart wurde ein Werklohn von 10.000 Euro ohne Umsatzsteuer. Der Beklagte führte die Arbeiten aus und stellte eine Rechnung ohne Steuerausweis. Der Kläger zahlte den geforderten Betrag. Mit der Klage begehrt er jetzt Rückzahlung von 8.300 Euro wegen Mängeln der Werkleistung.

Das Oberlandesgericht hatte dem Kläger noch Recht gegeben. Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat die Entscheidung des Oberlandesgerichts abgeändert und die Klage abgewiesen.

*Bewusster Verstoß  
gegen SchwarzArbG*

Der Beklagte hat bewusst gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG verstoßen, indem er mit dem Kläger, der dies auch zu seinem Vorteil ausgenutzt hat, vereinbarte, dass für den Werklohn keine Rechnung mit Steuerausweis gestellt und keine Umsatzsteuer gezahlt werden sollte.

§ 1 Abs. 2 Nr. 2 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz  
Schwarzarbeit leistet, wer Dienst- oder Werkleistungen erbringt oder ausführen lässt und dabei als Steuerpflichtiger seine sich aufgrund der Dienst- oder Werkleistungen ergebenden steuerlichen Pflichten nicht erfüllt.

Weder stehen dem Auftraggeber Mängelansprüche zu, noch dem Auftragnehmer Vergütungsansprüche.

Dem Auftraggeber steht aber auch kein Anspruch auf Ausgleich der Bereicherung des beklagten Auftragnehmers zu, die darin besteht, dass er für die mangelhafte Werkleistung zu viel bezahlt hat. Zwar kann ein Auftraggeber, der aufgrund eines nichtigen Vertrags Leistungen erbracht hat, von dem Auftragnehmer grundsätzlich die Herausgabe dieser Leistungen verlangen.

*Ansprüche des Auftraggebers und des Auftragnehmers*

Dies gilt jedoch gem. § 817 Satz 2 BGB nicht, wenn der Auftraggeber mit seiner Leistung gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen hat. Das ist hier der Fall. Entsprechend der Zielsetzung des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes, die Schwarzarbeit zu verhindern, verstößt nicht nur die vertragliche Vereinbarung der Parteien gegen ein gesetzliches Verbot, sondern auch die in Ausführung dieser Vereinbarung erfolgende Leistung, somit auch die Zahlung.

*Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot*

§ 817 BGB

War der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt, dass der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat, so ist der Empfänger zur Herausgabe verpflichtet. Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt, es sei denn, dass die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand; das zur Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit Geleistete kann nicht mehr zurückgefordert werden.

Die Risiken eines  
„ohne Rechnung“-Vertrages

*Grundsätze von Treu  
und Glauben*

Der Anwendung des § 817 Satz 2 BGB stehen die Grundsätze von Treu und Glauben nicht entgegen. Die Durchsetzung der vom Gesetzgeber mit dem Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz verfolgten Ziele, die Schwarzarbeit effektiv einzudämmen, erfordert eine strikte Anwendung dieser Vorschrift.

Insoweit ist eine andere Sicht geboten, als sie vom Senat noch zum Bereicherungsanspruch nach einer Schwarzarbeiterleistung vertreten wurde, die nach der alten Fassung des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit zu beurteilen war<sup>1</sup>.

**Hinweis:**

Schwarzarbeit wird nicht bezahlt!

Der Bundesgerichtshof hat diese Rechtsprechung in zwei weiteren Entscheidungen fortgeführt:

*Der Fall*

In dem vom Bundesgerichtshof am 10.04.2014 zu Az. VII ZR 241/13<sup>2</sup> entschiedenen Fall hatte der Auftraggeber mit dem Unternehmer vereinbart, dass über den schriftlich vereinbarten Werklohn hinaus 5.000 Euro in bar bezahlt werden sollten ohne Rechnung und ohne Abführung der Umsatzsteuer. Der Unternehmer stellte seine Schlussrechnung über den Restbetrag aus der schriftlichen Werklohnabrede. Der Bauherr erklärte die Aufrechnung mit Schadenersatzansprüchen wegen verschiedener Mängel.

<sup>1</sup> BGH, Urt. v. 11.06.2015 – VII ZR 216/14.

<sup>2</sup> Ibr 2014, 327.

Dem Unternehmer steht nach Auffassung des Bundesgerichtshofs ein restlicher Werklohnanspruch wegen Verstoß gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG nicht zu. Der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot führt nach § 134 BGB zur Nichtigkeit des Vertrags. Allerdings kann auch der Bauherr selbst keine Mängelrechte aus einem nichtigen Vertrag herleiten. Die Nichtigkeit des Vertrags ist allumfassend. Der Bauherr hat deswegen ebenfalls kein Recht, den bereits bezahlten Werklohn aufgrund der Nichtigkeit des Vertrags zurückzuverlangen. Dem steht § 817 S. 2 BGB entgegen. Darin heißt es, dass die Rückforderung ausgeschlossen ist, wenn dem Leistenden gleichfalls ein Verstoß gegen ein gesetzliches Gebot zur Last fällt. Die Vorschrift regelt also, dass die Rückforderung ausgeschlossen ist, weil der Bauherr selbst gegen das Schwarzarbeitsgesetz verstoßen hat.

*Die Entscheidung des  
Bundesgerichtshofs*

In einer zweiten Entscheidung vom 13.03.2017 zu Az. VII ZR 197/16<sup>1</sup> hat der Bundesgerichtshof festgestellt, dass auch eine nachträgliche Schwarzarbeitsabrede dazu führt, dass der Vertrag insgesamt unwirksam ist.

Der Auftraggeber (ein Rechtsanwalt) hatte für die Entfernung des alten, die Beschaffung und Verlegung eines neuen Teppichbodens ein schriftliches Angebot erhalten über 16.200 Euro und das Angebot zwei Tage später angenommen. Im Anschluss darauf verständigten sich beide darüber, dass lediglich 8.600 Euro abgerechnet werden und 6.400 Euro bar bezahlt werden sollten ohne Rechnung. Ein Jahr später wollte der Anwalt vom Vertrag zurücktreten wegen Mängeln und verlangte die Rückzahlung von 15.000 Euro.

*Ein weiterer Fall*

---

<sup>1</sup> ibr 2017, 482.

Die Risiken eines  
„ohne Rechnung“-Vertrages

*Die Entscheidung des  
Bundesgerichtshofs*

Der Wortlaut und Sinn sowie der Zweck des Schwarzarbeitsgesetzes betrifft nach BGH auch die Konstellation, dass im Nachhinein eine Schwarzgeldabrede getroffen wird.

Ziel des Gesetzes ist es, die Schwarzarbeit schlechthin zu verbieten und den Leistungsaustausch zwischen den Vertragspartnern zu verhindern. Es ist also nicht nur die Änderungsvereinbarung nach dem ursprünglichen Vertrag nichtig. Der Vertrag ist vielmehr insgesamt nichtig. Es soll jede Form der Schwarzarbeit zum Schutz gesetzestreu unternehmer und Handwerker verhindert und bestraft werden.

**Hinweis:**

Schwarzarbeit ist von Leistungen aus Gefälligkeit abzugrenzen!

Bei aus Gefälligkeit übernommenen Leistungen ist zu prüfen, ob überhaupt ein rechtlicher Bindungswille vorliegt. Diese wird durch Auslegung festgestellt. Ein Rechtsbindungswille ist danach zu beurteilen, ob die Absprache eine besondere wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung hat. Steht ein nicht geschäftliches Interesse, sondern ein persönliches Interesse, wie z. B. die Pflege der Freundschaft und Nachbarschaft im Vordergrund, ist daraus auf ein Gefälligkeitsverhältnis zu schließen. Wenn sich der Empfänger der Leistung aber erkennbar auf die Zusage des anderen verlässt und für den Empfänger der Leistung erhebliche wirtschaftliche Werte auf dem Spiel stehen, ist ein Rechtsbindungswille anzunehmen.



WISSEN,  
DAS ANKOMMT.

## Bestellmöglichkeiten

DR. DANIEL JUNK



### Abrechnung und Vergütung von Bauleistungen

Rechtliche Grundlagen, aktuelle Praxisweise, wichtige Urteile



## Abrechnung und Vergütung von Bauleistungen

Für weitere Produktinformationen oder zum Bestellen hilft Ihnen unser Kundenservice gerne weiter:

### Kundenservice

☎ **Telefon: 08233 / 381-123**

✉ **E-Mail: [service@forum-verlag.com](mailto:service@forum-verlag.com)**

Oder nutzen Sie bequem die Informations- und Bestellmöglichkeiten zu diesem Produkt in unserem Online-Shop:

### Internet

🌐 **<http://www.forum-verlag.com/details/index/id/5872>**